



**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

DOM

2015-07-06
Meddelad i Jönköping

Mål nr 704-15



KLAGANDE

1. Consid AB, 556599-4307
Barnarpsgatan 13
553 16 Jönköping

2. Consid S5 AB, 556627-1887
Garvaren
341 60 Ljungby

Ombud för 1 och 2: Advokat Madeleine Sifvert
Advokatfirman NOVA AB
Box 55996
102 16 Stockholm

MOTPART

Domstolsverket
551 81 Jönköping

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 24 februari 2015 i mål nr 6305-14, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och beslutar att Domstolsverkets upphandling av IT-konsulttjänster, dnr 395-2013, får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Dok.Id 174838

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Domstolsverket genomför en upphandling av ramavtal för IT-konsulter. Consid AB och Consid S5 AB (bolagen) har lämnat anbud i upphandlingen. Domstolsverket har förkastat vissa av bolagens anbud med hänvisning till bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU om onormalt låga anbud.

Bolagen ansökte om överprövning av upphandlingen hos förvaltningsrätten och anförde att Domstolsverket har brutit mot de grundläggande bestämmelserna för upphandling genom att förkasta bolagens anbud såsom onormalt låga samt att detta har medfört att de har lidit skada på grund av att deras anbud har förkastats på felaktiga grunder. Förvaltningsrätten har avslagit bolagens ansökningar.

YRKANDEN

Bolagen yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att anbudsprövningen görs om med beaktande av även bolagens anbud.

Domstolsverket motsätter sig ändring av förvaltningsrättens dom.

VAD PARTERNA ANFÖR

Parterna har åberopat samma grunder och omständigheter som i förvaltningsrätten och har därutöver anförts i huvudsak följande.

Bolagen

De har lämnat en förklaring till Domstolsverket av sin prissättning som är tillfredsställande. Därmed är det inte förenligt med LOU att förkasta deras anbud.

Utvärderingsgrunden i upphandlingen är "lägsta pris". Lägst offererat pris är alltså avgörande för att vinna upphandlingen och utgör det enda konkurrensmedlet i upphandlingen. Bolagen har ingående förklarat, motiverat samt med underlag styrkt vilka utgångspunkter som har legat till grund för deras prissättning. Bolagen har också redovisat omfattande beräkningar som utvisar att avtalen med Domstolsverket, även med den aktuella prissättningen, beräknas ge god lönsamhet. Vid dessa beräkningar har bolagen huvudsakligen utgått från Domstolsverkets egna antaganden i förfrågningsunderlaget om vilka volymer som på årsbasis kommer att ropas av, de avropade uppdragens sammansättning av konsulter från olika kategorier samt den erfarenhet bolagen har skaffat sig under alla de år som de har haft ramavtal med Domstolsverket.

Avtalen kommer att vara lönsamma för bolagen, oavsett omfattningen av avrop, så länge sammansättningen av konsultkategorier i uppdragen stämmer med Domstolsverkets egna antaganden i förfrågan. Bolagen har redovisat beräkningar för att visa att överskotten från avtalen uppgår till betydande belopp även efter att de har erhållit full täckning för lönekostnader (inklusive semesterersättning, sociala avgifter etc.) för tillhandahållen IT-konsult genom att bl.a. inge årsredovisningar. För ett konsultbolag utgör den direkta kostnaden för konsulten, vilken är lönekostnad för anställd och kostnad för köpt tjänst då underkonsulter anlitas, den dominerande delen av konsultbolagets rörelsekostnader, vilket också visats genom ingivna årsredovisningar. I årsredovisningar avseende räkenskapsår 2013 för bolagen kan också utläsas att bolagen inte har några finansiella omkostnader som behöver täckas av intäkterna från Domstolsverket. Båda bolagen har finansiella intäkter som överstiger de finansiella kostnaderna, vilket innebär att det finansiella nettot är positivt.

Målet har kommit att handla om bolagens affärsmässiga analyser och beräkningar. Prövningen av seriositeten av ingivna anbud borde innefatta en

framåtsyftande prognos avseende risken för att anbudsgivaren inte kommer att vilja eller kunna leverera enligt villkoren i upphandlingen och ett säkerställande av att det låga priset inte har sin grund i att skyddsbestämmelser åsidosätts. Affärsmodeller och strategier ska inte vara upphandlande myndighets eller domstolars sak att bedöma.

Om det är förenligt med LOU att förkasta den typ av anbud som bolagen har lämnat i Domstolsverkets upphandling kommer upphandlande myndighet att få en möjlighet att styra upphandlingar som strider mot både de upphandlingsrättsliga principerna och de intentioner som ligger till grund för LOU.

Domstolsverket

Bestämmelsen om lågt anbud i 12 kap. 3 § LOU syftar till att skydda upphandlande myndigheter mot oseriösa anbud och osund anbudsgivning. Detta bör vara utgångspunkten för kammarrättens bedömning av om ett korrekt förkastande av bolagens anbud har skett eller inte.

Anbudsgivare skyddas mot den upphandlande myndighetens potentiella godtycke genom kravet på ett kontradiktoriskt förfarande. Artikel 55.1 och 55.2 i EU-direktivet (2004/18/EG) reglerar vilket förfarande som krävs innan anbud förkastas på grund av att priset bedöms vara onormalt lågt, vilket tyder på att det är själva förfarandet och inte möjligheten att förkasta anbudet som kan sägas ha till syfte att skydda anbudsgivaren mot godtyckliga beslut (jfr EU-domstolens dom i mål C-599/10 SAG Slovensko, p. 30).

Nationella domstolar är skyldiga att tolka nationell rätt i enlighet med ordalydelsen och syftet med EU-direktivet, även om det i förarbetena till den nationella bestämmelsen finns upplysningar av motsatt innebörd om hur lagen ska tolkas. Direktivbestämmelsen ger uttryckligen den upphandlande myndigheten rätt att avgöra om förklaringarna är godtagbara, jfr EU-

domstolens dom i mål C-371/02 Björnekulla. Det är därför fel att hävda att det bakomliggande syftet är att skydda anbudsgivare mot myndighetens godtycke, med hänvisning till EU-domstolens dom i mål C-76/81 SA Transporoute, se sistnämnda dom punkten 17 samt kommissionens vägledning "Commission, Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts, Directive 93/36/EEC", "6.3.1 Abnormally low tenders", s. 55, som stärker en sådan tolkning av gällande rätt. En leverantör bereds vidare goda möjligheter att föra fram sina förklaringar vid två tillfällen under det kontradiktoriska förfarandet samt att under överprövningsprocessen "läka" brister i förklaringarna med ytterligare material.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ska bedöma om Domstolsverkets åtgärd att förkasta bolagens anbud strider mot likabehandlingsprincipen och om åtgärden har medfört att bolagen kan komma att lida skada på så sätt att de går miste om kontrakt.

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att Domstolsverket har haft fog för att begära förklaring till bolagens låga anbud och att verket i övrigt har iakttagit de förfaranderegler som föreskrivs i 12 kap. 3 § LOU.

Frågan är därefter om de svar som bolagen har lämnat kan anses godtagbara eller om Domstolsverket har haft fog för att förkasta bolagens anbud med hänvisning till bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU om onormalt låga anbud.

Bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU om onormalt låga anbud härrör från artikel 55 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG. Det saknas en definition i LOU och i direktivet om vad som utgör ett onormalt lågt anbud. Ett anbud med mycket lågt pris eller avvikande lågt pris är inte detsamma som ett onormalt lågt pris i LOU:s mening. Det krävs förutom att anbudspriset som sådant är mycket lågt att det dessutom inte kan betraktas som

seriöst menat. Det är tillåtet för anbudsgivare att pressa sina vinstmarginaler – eller till och med gå med förlust – som ett led i en medveten strategi för att vinna marknadsandelar. Detta utgör således inte grund för att förkasta anbud. Prövningen av om ett anbud får förkastas såsom ”onormalt lågt”, torde många gånger göras utifrån en prognos avseende risken för att anbudsgivaren inte kan eller inte vill leverera enligt villkoren i upphandlingen (jfr EU-domstolens dom i de förenade målen C-147/06 och C-148/06, SECAP och Santorso, Konkurrensverkets rapport 2013:6 *Osund konkurrens i offentlig upphandling*, s. 60 ff och Konkurrensverkets yttrande den 4 mars 2013 i Förvaltningsrätten i Göteborgs mål 13295-12 m.fl., dnr 83/2013).

Bolagen har som förklaring till sin prissättning anfört bl.a. att Domstolsverket är en strategiskt viktig avtalspart och att tilldelning av kontrakt i den aktuella upphandlingen skulle vara ett viktigt led i och möjliggöra etablering av en större lokal organisation i Jönköping. Bolagen har vidare anfört att deras prissättning är baserad på tidigare erfarenhet av Domstolsverkets behov och att de, oavsett i vilken grad de får kontrakt vid framtida avrop, kommer att göra vinst. Bolagen har till domstolen bl.a. gett in kalkyler i syfte att visa att deras prissättning inte kommer att resultera i någon förlust samt även hänvisat till årsredovisningar i syfte att visa på bolagens finansiella förhållanden och kostnadsstruktur. Domstolsverket har anfört att de av bolagen avgivna förklaringarna inte är tillfredställande och har härvid bl.a. ifrågasatt trovärdigheten i de av bolagen åberopade kalkylerna.

Vid en bedömning av huruvida en anbudsgivares kalkyler inför en anbudsgivning ger stöd för att anbudet ska betraktas som icke seriöst, är det varken nödvändigt eller lämpligt att domstolen ger sig in på en självständig, mera ingående företagsekonomisk analys av de presenterade kalkylerna. Det bör i stället ankomma på den upphandlande myndigheten att peka på sådana konkreta och uppenbara brister i kalkylerna som medför att anbudet inte kan betraktas som seriöst menat.

De av bolagen presenterade kalkylerna innehåller inte några uppenbart felaktiga antaganden om upphandlingen som ger anledning att misstänka att bolagen har missförstått förutsättningarna för anbudsgivningen. Kalkylerna ger inte heller någon indikation på att bolagen inte avser att följa de lagar och regler som gäller för uppdraget. Det Domstolsverket anfört om bristerna i bolagens kalkyler kan därför enligt kammarrättens mening inte läggas till grund för att ifrågasätta anbudens seriositet.

Domstolsverket befarar att bolagen, vid det fall de tilldelas kontrakt i upphandlingen, inte kommer att lämna avropssvar. Domstolsverket har som skäl för denna farhåga hänvisat till att vissa leverantörer, under tidigare gällande ramavtalsperiod, har avböjt att lämna avropssvar till fastställda priser. Bolagen har beträffande den av Domstolsverket påtalade risken hänvisat till de kommersiella villkoren, vari föreskrivs att Domstolsverket har rätt att säga upp avtalet till förtida upphörande om ramavtalsleverantör systematiskt avstår från att lämna avropssvar utan att ha giltigt skäl. Med beaktande härav och då det inte, under tidigare ramavtalsförhållande mellan nu aktuella parter, har framkommit att det har riktats några anmärkningar mot bolagens svars- eller leveransvilja, finner kammarrätten att Domstolsverkets farhåga om att bolagen inte kommer att lämna avropssvar inte kan läggas till grund för slutsatsen att bolagens anbud inte skulle vara seriöst menade.

Mot bakgrund av ovanstående anser kammarrätten att bolagens förklaringar inte kan anses som allmänt hållna utan måste bedömas som objektivt godtagbara. Bolagen har därmed visat att deras anbud är allvarligt menade (se EU-domstolens dom i mål C-599/10 SAG ELV *m.fl.*). Domstolsverket har således inte haft fog för att med hänvisning till 12 kap. 3 § LOU förkasta bolagens anbud. Åtgärden strider därför mot likabehandlingsprincipen. Den har medfört att bolagen kan komma att lida skada på så sätt att de går miste om kontrakt. Bolagens ansökningar ska därför bifallas och detta ska ske på så sätt att kammarrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Kammarrättslagmannen Håkan Löfgren (ordförande), kammarrättsrådet Evalotta Grip och tf. kammarrättsassessorn Malin Toivainen (referent) har deltagit i avgörandet.

Föredragande: Kammarrättsfiskalen Philip Axelsson